

統治権としての司法権

——最高裁は「越境」しうるか？——

棟居 快行

目 次

- 1 問題の所在
- 2 司法審査観・憲法観としてのタテとヨコ
 - (1) 司法審査の二つのモデル
 - (2) ヨコの権力分立における司法審査—プロセス理論の前提
- 3 タテの司法審査観・憲法観としての法段階説
 - (1) タテ構造の二様—規範内容の具体化と授權の連鎖と
 - (2) タテの司法審査観・憲法観の理論構造と「憲法の番人」
 - (3) タテの法段階説的な司法審査観・憲法観の稠密化
- 4 ヨコの司法審査観・憲法観の可能性
 - (1) ヨコの平面上での「憲法の優位」
 - (2) アドホックな紛争解決手段としての司法審査
 - (3) 法段階説に依拠しない「憲法の優位」
- 5 「法を語る口」としての司法権—「第三の道」
 - (1) 判例実務における司法審査観・憲法観
 - (2) 立法裁量に「首尾一貫性」を要求する近時の違憲判決
 - (3) 「憲法を語る口」としての権利救済型司法審査観
 - (4) 権利救済型司法審査観による「合理的な立法者」の召喚
 - (5) 「適用審査」としての付随審査
 - (6) 権利救済型司法審査論の居場所
- 6 結びに代えて

1 問題の所在

「司法審査はいかにして可能か。」

この著名な問いに誠実に回答するために、さまざまな学問的営為がなされてきた。その代表的なものとして、ジョン・ハート・イリイのプロセス理論⁽¹⁾を挙げることに異論はないであろう。同論は、冒頭の問いを、「非民主的な機関である裁判所は、民主的正当性を有する立法者が制定した法律に対して、なぜ司法審査権を行使しうるのか。」という問いに置き換えたうえで、そこから二重の基準のエレガントな説明を引き出すことに成功した。

しかし他方で、「そもそも憲法こそが最高法規なのであるから、違憲立法は法的に無効であり、法適用機関である裁判所が法律の合憲性有効性を判断できるのは当然である。」といった憲法の全体構造にかかわる素朴な観点から、イリイの問題提起自体に釈然としないものを感じる論者がいるとしても、なんら不思議ではない。

たしかに、98条1項の「最高法規」の規定と81条の最高裁を終審とする司法審査権の規定との類似性からすれば、最高裁を頂点とする裁判所の司法審査権は、実定法規範のタテの法段階構造をそれに寄り添いながら維持するものとするのが自然である。このように考えると、憲法は自らの「最高法規」としての地位を、そのまま最高裁による有権的な憲法解釈に託したことになる。すなわち、81条が最高裁に終審裁判所として付与した権限は、「一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限」であり、またそれに類似する98条1項は、「この憲法…の条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有

(1) ジョン・ハート・イリイ（佐藤幸治、松井茂記訳）『民主主義と司法審査』（成文堂、1990年）。

しない。」である。

「憲法に適合…しない」とか「憲法…の条規に反する」というのは、第一義的には憲法規範の内容と法令の内容が齟齬をきたすということであるが、その結果として憲法でなく法令が違憲無効とされるのは、法令の妥当力・通用力が憲法による授權に基づいているからである。

そこで、通説的な法段階説的司法審査観・憲法観は、まさにこの授權の連鎖の頂点に「最高法規」として憲法が立つのが立憲主義であり、この授權の連鎖のチェックを行うのが司法審査の役割であると考ええる。

他方で、通説は二重の基準論の説明の技法としては、プロセス理論の力を借りることを拒みきれない。しかしながら通説は、「それでも（司法審査の非民主的性格から議論を始めるまでもなく）憲法は優位し、その際人権価値の序列論からすれば、二重の基準が演繹されるのである。」という信念を捨てきれない。

いったい、このような議論自体の「収まりの悪さ」はどこから来るのだろうか。

二重の基準の論証を、人権の実体的価値序列論という一個人に価値の選択の自由そのものを認める立場からすれば反個人主義的にも思われるところの一それ自体も力技を要する別の問題の論証に押し付ける必要を解消してくれる点で、プロセス理論のありがたみは、二重の基準を信奉する通説的な憲法学にとっては否定しがたいといってよい。ところが他方で、法律もしょせんは最高法規である憲法の下にあるという立憲主義、あるいは法の段階構造への信奉（法段階説）もまた、通説的憲法学にとってはそのアイデンティティにもかかわる公理に他ならない。

要するに、二重の基準論の論証として—ほとんど唯一といってよい—説得的なプロセス理論と、法段階説という自明の公理とが、相互に接合しがたい異質さを示しているわけである。もちろん賢明な通説においては、憲法全体の体系的理解に用いる理論モデルとしての法段階説と、司法審査において二

重の基準の論証の役に立てばあとはさっさと忘れ去ってよい（と思い込まれている）プロセス理論とは、相互の整合性を問うこともなく、出番が使い分けられてしまうだけであろう。

しかしながら、本稿は、この法段階説とプロセス理論という二大理論が「両雄並び立たず」の状況にあることを直視することで、逆にそこから法段階説に依拠した憲法全体の体系的把握とは異なるところの、プロセス理論に整合的ないま一つの体系的把握が可能である、という仮説の提示を試みることにする。すなわち、プロセス理論は司法審査という特殊なテーマにおけるローカルな理論などではなく、独自の全体的憲法観に発展しうる。あるいは、法段階説的でない、もうひとつの憲法観の司法審査における派生命題として、プロセス理論を位置づけることが可能である。

法段階説は、政治を法の体系から放逐し、法の妥当力を法それ自体の創設権限のタテの連鎖（個別具体的な法執行権限の妥当力が実定憲法に、そして最終的には根本規範に帰属するという法の段階構造）から引き出すことに注力した。これに対してプロセス理論は、司法審査を通じて政治を法に取り込み、政治と法のヨコの同一平面上での循環と相互準拠によって、法と政治の最適化された均衡点（これこそが国民主権原理の具体的発現であると筆者は考えるが）を実現しようと努めた。もとより、こうした大きすぎる仮説の論証を本稿がなしうるものではないが、単に二重の基準論の説明道具としてのみ理解されてきた狭い意味のプロセス理論をその隘路から解放することで、憲法の体系的把握を再構築する有効な手がかりを得ることを試みたい。

さらに、以上の方針で考察をすすめながら、副次的にわが国の判例実務が以上のいずれとも異なる、いわば第三の道を進みつつあることにも触れたい。権利救済機関として自らを捉えている最高裁の近時の判例動向からは、タテの法段階説的な思考ともヨコのプロセス理論的な思考とも異なるが、「司法権と立法権」の距離感を瀬踏みしながらギリギリまでの司法的救済—従来の判例の思考からすれば立法の領域への「越境」とされる場合を含む—

を与えようとする点で、むしろプロセス理論とある程度共通するヨコの権力分立的思考が見て取れるように思われるのである。⁽²⁾

2 司法審査観・憲法観としてのタテとヨコ

(1) 司法審査の二つのモデル

まず、教科書的な憲法観であるところの法段階説はいうまでもなく、憲法を「最高法規」とし、「その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部」を無効とする憲法98条1項の文言とも完全に符合している。のみならず、こうした日本国憲法の文言に依拠した同説の論証は、それ自体同説の法論理的な自明性を貶めるものとすらいいうる。「最高法規」といった美称風の規定いかんにかかわらず、憲法を頂点とする法段階説が当然に立憲的法秩序の把握として妥当なのだ、というのが本来の見解であろう。

同説はたしかに、違憲の下位法の無効性という立憲主義的な帰結を、法秩序全体における憲法の最高法規性から法論理的に導くことが容易になされう点においても、自然な説得力を有している。

しかしながら、個々の実定法はそれぞれ政治権力としての立法権力によって制定されたのであり、その妥当力は立法権力それ自体の政治的通用力（ナマの力）ないし政治的正統性（政治的権威）によって担保されている。法の妥当性をもっぱら法体系内部の視点で捉え、立法機関に対する上位法からの授權によって説明し担保するのが法段階説の特徴であるが、そうではなく、法制定権力の政治権力としての通用力ないし正統性によって法の妥当性を説明し担保することも、もとより可能なわけである。

(2) 本稿の司法審査観・憲法観をめぐるタテ／ヨコの類型化は、近時別稿（拙稿「立憲主義の条件—非歴史的省察」専修ロージャーナル12号43頁以下）で述べた「タテの立憲主義」「ヨコの立憲主義」という概念の延長上にある。

憲法41条が「国権の最高機関」としての国会を「唯一の立法機関」とするのは、こうした観点からの法の妥当性の根拠付けを条文化したもの、という説明も可能であろう。通説は用心深くこの「最高機関」性について法規範性を欠いた「政治的美称」と解するのであるが、これは卑称ではない。むしろ、憲法を最高法規とする法秩序の内側の視点からは出てこないはずの、国会という政治権力の政治的通用力・正統性の「最高性」をもって、国会が「唯一の立法機関」であることの根拠とする規定であると解する余地がある。もちろん、この「最高性」は「国権」のそれ、すなわち作られた国家権力としての最高性であり、始原的な最高権力である主権者国民の憲法制定権力に制度化された機関として最も近い、という意味に他ならないのだが。

そうであれば、「政治的」美称をあてがわれた「最高機関」である国会が制定する、という政治的通用力・正統性によって法の法としての妥当性を論証するという作法もまた、憲法自身がよく自覚するものであることになる。要するに憲法自身が、法の妥当性についての法段階説的な言い回し（98条1項）と並んで、法の妥当性を立法権力の政治的通用力・正統性を通じて論証するかのような言い回し（41条）をも、併せて用いているのである。このように、実定法の妥当性には、法段階説的なタテの授權構造からなる法秩序の内側から出てくる法的な妥当性と、立法権力の国民主権原理に由来する政治的な通用力・正統性によって調達される政治的な妥当性との、性格を異にする二つの妥当性がある。

この二つの妥当性にそれぞれ対応して、法段階説的司法審査観・憲法観とプロセス理論的司法審査観・憲法観とが成立する。両者の相違は後に検討するが、さしあたり、前者は憲法の規範内容が憲法解釈に先行して客観的に備わっていると信じるらしいのに対して、後者はそうではない、という点だけを指摘しておく。

すなわちプロセス理論は、「はじめに憲法の規範内容が客観的に存在する。」というタテの司法審査観・憲法観の前提を疑う。むしろ、条文だけで

すでに憲法の規範内容がそこにあるのではなく、権力分立による立法・行政・司法の対等の抑制と均衡を通じて、はじめて憲法の規範内容が暫時確定されると考える⁽³⁾。同論は、あくまで司法権と立法権という権力分立の二権のヨコ平面における水平的対置を前提として、国民主権原理・民主主義を代表民主制の下での立法権に貫徹するためには司法権はどのような役割を果たすべきか、というヨコの政治力学的・政治機構的な発想に立っている。

このような、ヨコ平面での権力分立のなかで司法審査制、ひいては憲法秩序全体を捉える観点を「ヨコの司法審査観・憲法観」と呼ぶこととする。これは、法段階説的な「タテの司法審査観・憲法観」とは対極をなす、もう一つの司法審査観・憲法観であり、まさに「ヨコの司法審査観・憲法観」なのである。司法権と立法権との布置関係をどう見るかによって、司法審査には以上のような二つのモデルがありうる。

(2) ヨコの権力分立における司法審査—プロセス理論の前提

以上のように整理すれば、プロセス理論における司法権と立法権との関係（「司法審査と民主制」!）は、法段階説におけるそれとは異質である。

法段階説的司法審査観においては、憲法の番人である裁判所が最高法規・憲法の優位性を下位法である法律（およびそれを制定した具体的な立法権）に対して貫き通すという、法の法的妥当性の一方的な上下関係がその構想の中心にある。換言すれば、法段階説に依拠するタテの法秩序という認識が、下位法の効力を否認する司法審査権の妥当力という当為的な力の源泉とされている。

これに対して、プロセス理論的司法審査観においては、司法権が立法権を凌駕するのが当然でない。当然ならば、「なぜ非民主的な司法権が、民主的

(3) この点で、本文のように理解するかぎりでのプロセス理論は、ミシェル・トロペール（南野森編訳）『リアリズムの法解釈理論』（勁草書房、2013年）の「機械としての憲法」論（170頁以下）に近似する。

な立法権が制定した法律を違憲無効となしうるのか。」という、同理論の起点をなす問いがそもそも出てこない。むしろプロセス理論的司法審査観は、タテの法秩序の内側で、その内在的論理に沿って司法審査権が行使される（法段階的司法審査観はそうである）のではなく、逆に司法権と立法権とがそれぞれナマの統治権力として（もちろんいずれも国民主権原理に由来する力であるが）ヨコ平面で対等に対峙する、という場面を想定する。

ここで国民主権原理といっても、法体系の頂点に立つ憲法の、さらに生みの親としての「憲法制定権力」が超然と法体系の上の天頂に君臨するような、タテ構造の主を指しているのではない。憲法制定権力は実定憲法において、立法権・司法権・行政権という国家権力の組織とそれぞれの作用権限、それに国民の人権保障を定め、こうした実定化された諸の組織・権限および権利によって立憲的秩序が日々更新されながら維持されることを企図した。憲法制定は、憲法制定権力が最初にして最後にやり遂げた大仕事であり、出産で命を落とす不幸な母親のように、実定憲法を忘れ形見として憲法制定権力は実体としては姿を消す。

しかしながら、あとに残された憲法自身が示す国家権力と国民の人権保障の設計図は、それが現実化されればおのずと憲法制定権力の不在を埋め合わせるかのように、基本的な価値や諸原則がオートマティックに生起し維持される上手い仕掛けになっている。「目をつぶれば世界がなくなる。」という素朴な眩きよろしく、憲法制定権力の死亡宣告をしてみたところで、その力の呪縛が解けるというものではない。⁽⁴⁾

(4) そもそも、わが国の憲法学は一主観的に政治への関心を強く有するわりには一、その基礎理論は国家法人説に基づいてきわめて法学的に構築された先人の遺産のうえに安住してきた。しかしながら、法の妥当根拠を法学的にのみ語りつくそうとすれば、実定法秩序の法段階的説明はよいとして、その前提に非実定法的な「根本規範」を措定せざるを得なくなる。このような仮説を置くことにより、法秩序から政治的事実的な要素を放逐することが可能となるが、かわりに実定法体系が「根本規範」という論理的仮象

憲法制定権力は実定憲法の内外に常在しているわけではないが、その代わりに、憲法の権力分立や人権保障が織りなす日々の憲法的価値の実現プロセス—それがスムーズに進行するのが「立憲主義」ということになろうが—を通じて、「憲法制定権力の意味」がおのずと顕現されるように出来ている。換言すれば、憲法制定権力は、憲法自身のなかに自分自身の「身代わり」を残したのである。

そして、この憲法制定権力の憲法典における生き写しこそが、「国民主権原理」である。権力分立や人権保障がそれぞれに日々実践され、そこで自ずと達成される政治・行政権力の民主化と国民の権利保障とのハイレベルでの両立が、憲法制定権力の遺志を継いだ国民主権原理の要請するところである。国民主権原理は憲法原理として憲法解釈と憲法実践を後ろから支え、また必要とあれば、自らが政治権力のあるべき構成原理として、一定の解釈準則にさえ化体する。その意味では、憲法制定権力は憲法の隅々にまで行き渡って常在しているのである。

さて、このような国民主権原理を司法権と立法権との関係に投影すると、どのような両者の関係が浮かんでくるであろうか。

にぶら下がるという心地悪さを引き受けなければならない。それだけではなく、この「純粹憲法学」の方法を選択したとたんに、他の実定法学が憲法という「頭の上」をほとんど意識することなくそれぞれの法解釈学にいそしんでいるように、憲法学も逃げ場のない「退屈な」法解釈学になりきるしかない。それくらいであれば、なによりも日本国憲法の正当性を「8月革命」という政治的虚構で説明するという歴史的な役割を自認する戦後憲法学にとっては、無色透明の「根本規範」に代えて、「革命」という史実としては虚偽表象でしかない事実命題を日本国憲法の礎石としたほうが、好きな政治との縁も切れないですむ。こうした事情があつてか、憲法が法秩序の頂点に立つという自己都合にかなう点では法段階説を墨守しながら、実定法の外の根拠付けに至ると、根本規範よりも憲法制定権力の政治的決断といった「事実」にそれを求めようとしてきた。憲法制定権力を憲法学から放逐すると、代わりに他の法学と似たり寄つたりの法解釈中心の「純粹憲法学」に成りきるしかなくなるが、それを憲法学がよしとするとは思えないし、主権論などの多くの貴重な業績を「余技」と位置づけるわけにはいかないであろう。

単に民主的代表者から成る立法権が立法を排他的に独占し、司法権の容喙を排除すれば、それで国民主権＝民主主義が守られるという単純な話ではない。いうまでもなく、立法権という政治権力は、自らが国民主権原理の負託を受けた二次的な政治的正統性しか有さない、という基本的な事実を忘れがちである。その結果、その都度の多数派が政治権力の固定的独占を狙ったり、およそ民主的多数派になる機会のない絶対的少数派を政治プロセスから切り捨てようとしたりする。

こうした代表民主制それ自体に内在する弊害を除去することで、国民主権原理の下での立法権を健全化することは、立法権自体にはなし得ない。アクセルはブレーキにはならない。しかし、すばやく安全に車が進むためには、アクセルとブレーキの巧妙な組み合わせが必要である。ブレーキは、単なるアクセルの阻害要因というものではない。アクセルとしての立法権にブレーキをうまく組み合わせることで、全体の民主的政治過程の機能を向上させることが可能である。非民主的であることで、民主的政治過程に内在する弊害には無縁の異者であることが保障された司法権こそが、このブレーキ役にうってつけであることは言うまでもない。

このように、プロセス理論的司法審査観においては、立法権のみならず司法権（司法審査権）もが、国民主権原理の具現化プロセスとしての民主的政治過程にとり、不可欠のパーツとして位置付けられている。この司法審査観にあつては、司法審査は法秩序を内側から維持するという、法的観点に立脚した営みではない。司法審査は、立法権が民主的政治過程を国民主権原理の具体化の場として健全に運用しているかという、政治的観点に立脚した営みなのである。

また、タテヨコの比喩で言えば、こちらの司法審査観は、民主的政治過程というヨコの流れを同じ平面に立つ司法権が保守点検するのであるから、上から法秩序を維持するために違憲無効の剣をタテに振り下ろすような法段階的司法審査観とは、まったく異なる図柄となる。

3 タテの司法審査観・憲法観としての法段階説

(1) タテ構造の二様—規範内容の具体化と授権の連鎖と

実は、通説的なタテの司法審査観・憲法観も見かけほど無難なものではない。この点を以下に見ておくことで、本稿が強調したいヨコの司法審査観・憲法観の説得力を補うこととする。

およそ憲法の規範内容がまず客観的に存在し（「はじめに言葉ありき！」⁽⁵⁾）、それを議会が法律の制定によって具体化し⁽⁶⁾、しかし裁判所が司法

(5) ケルゼン〔訳書はファーストネームを付けていない＝棟居注〕（清宮四郎訳）『一般国家学』（岩波書店、改版第一刷1971年）417頁は、法段階説の下で実定憲法よりもさらに上位にあると仮設されている根本規範についてであるが、「最上位に位し、理論上前提されているだけで、要件としては定立されない根本規範と、個別化された規範がよってもって執行される最後の行為とは、純粹規範（上部に向ってもはや要件でないもの）と純粹要件（下部に向ってもはや規範でないもの）との両極限である。終りには—また見方によっては初めには—言葉または行為がある。」と述べている。

(6) ケルゼン前掲注（5）417頁は、「法秩序をば、段階的に連続する規範の階層の体系と見、…したがって、法秩序をば、自分自身の創設もしくは執行を規整する規範体系、特殊な創設関係と解するならば…そのような動態的観察に対しては、法の実定性〔原文ルビ〕は、段階的具体化として現れる」と述べる。ここでの法段階構造は、規範内容に着目したうえでの、抽象的法規範である憲法—憲法を具体化（適用）した一般的法規範（法律）—法律を個別事例に即して具体化（適用）した個別的規範定立（行政処分、裁判判決）、という抽象から具体へのタテの連鎖構造である。

ただし、ハンス・ケルゼン（長尾龍一訳）『純粹法学 第二版』（岩波書店、2014年）は、「認識対象を人間行動によって創造・適用・遵守された法規範とする」「静的法理論」と、「その法規範によって規律された創造・適用・遵守行為」とする「動的法理論」を区別する（72頁）。そして同書は、「法秩序の効力根拠」と題された節において以下のように述べ、「動的法理論」に力点を置いている。「規範秩序の中でも、法秩序は本質的に動的性格のものである。法規範が効力をもつのは、特定の内容の故ではない。即ち、その内容が、前提された根本規範の内容から論理的推論によって導かれるからではなく、（窮

審査権によって、当該法律が内容的に憲法の忠実な具体化と言いうるかを検証する。このような上位法の実体的規範内容の下位法による具体化、および両者の規範的包摂関係の司法機関による審査が、素朴で通俗的に通用しているタテの司法審査観・憲法観の思考モデルである。

あるいは、ケルゼン『純粹法学』の法段階説により忠実に、上位法による法定立の授權の連鎖こそが法の段階構造である、と考えても、ここで述べているタテの司法審査観・憲法観にとっては同じことである。

なぜなら、授權された法定立権限の範囲は、第一次的には授權された側（たとえば憲法に立法権を授權された議会）が判断し、第二次的には裁判所による審査でその判断の是非が確かめられることになる。この場合、議会ないし裁判所は、上位法である憲法が議会に対して何についてどこまでの立法の授權をしたのかを憲法の諸規定から読み取る必要が出てくる。国会に対して立法権を授權する日本国憲法41条のような積極的な授權規定だけでは、そのような授權範囲の確定作業にはおよそ不十分である。人権規定など、授權に対する消極要件を構成する憲法規定の解釈を通じて、はじめて授權の範囲が確定される。実体規範の具体化の連鎖と授權の連鎖とは、実際には観点の相違にとどまる。実体規範の具体化がすなわち授權の範囲であり、実体規範の抽象から具体へという重層構造がすなわち授權の連鎖である。⁽⁷⁾

極においては）前提された根本規範が定めた仕方では創造されたからである。」(191頁)。ここでは、規範内容の具体化の連鎖よりも、規範定立の授權の連鎖が強調されているように思われる。

なお、ケルゼンならびにケルゼンがその所説を踏襲したA・メルクルの法段階説についての、わが国の憲法学者による紹介にとどまらない先駆的な業績として、参照、菅野喜八郎『国権の限界問題』（木鐸社、1978年）160頁以下（ケルゼン説への辛辣な批判を含む。180頁注（3））。

(7) この点に関連して、立法行為・立法不作為の違憲違法を争う国賠訴訟（立法国賠訴訟・違憲国賠訴訟）について、立法内容の違憲性と立法行為の国賠法上の違法性を区別する判例の論法（在宅投票制度廃止事件最高裁昭和60年11月21日判決・民集39卷7号

(2) タテの司法審査観・憲法観の理論構造と「憲法の番人」

この観点は、法の妥当性を上位法による授権の連鎖のうちに見出す（本稿では以下、このような授権の連鎖に着目する法段階説を主として念頭に置く）。授権の連鎖という上から下へのタテのつながりは、実際に日々適用され、その妥当根拠を問われ続けている下位法からすれば、妥当根拠の連鎖という下から上へのタテのつながりである。

このように授権と妥当根拠が交錯する段階構造の実定法における最上位に、すべての下位法の妥当性の源泉、すなわち授権の原点としての憲法が存在する（もちろん、非実定法的な根本規範に無内容な授権だけの役割を留保するのであれば、憲法という最高法規の創設自体が「根本規範の適用」⁽⁸⁾という二次的な地位に甘んじることになる）。憲法が実定法の世界において「最高法規」であるのは、法段階説においては、このような意味においてである。

憲法の実体的規範内容と齟齬をきたす下位法は、憲法に由来する授権を欠いていることから、本来有効な法でない。法の段階構造は、有効な上位法と下位法とからのみ構築されているから、実際の実定法体系と完全に一致する

1512頁。これは在外邦人選挙権事件判決最高裁平成17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087頁においても、論理そのものとしては維持されている）には本文の観点からも批判の余地がある。立法行為ないし立法不作為は単に国会議員の公権力「行使」であるだけでなく、事実行為ではない立法行為（不作為を含む。）は何らかの法的効果を生じさせるという意味で法律行為である。そして、憲法の規範内容と結びついた憲法41条による授権を受けた国会が、具体的規範内容を規定したうえでさらに執行機関に授権する行為が、ここで言う「立法行為」である。立法内容（法律の中身）と憲法の規範内容に不一致があれば、すなわち立法行為による執行機関への授権行為もまた、憲法から国会への授権行為とは連鎖的につながっていないことになるから、立法内容の違憲性と立法行為の違憲違法性（そしてそれは行為の違法性として国賠法1条の違法性と合致する）とは不可分一体のはずである。立法行為の国賠法上の帰責を緩和するのであれば、違法性要件の緩和によるのではなく、故意過失の要件で立法時を基準時とすべきであり、またそれで足りる。

(8) ハンス・ケルゼン前掲注(6)226頁。

わけではなく、後者のうちの授権に裏付けられていない下位法は、存在するように見えても規範の世界では不存在である。

ところで、このような現実の実定法体系と理念的な法の段階構造との不一致は、法の世界の頂点から憲法自身が下位法の段階構造を眺めていても発見できない。それゆえ、違憲の下位法を常時発見するためには、憲法という最高法規の存在だけでは足りず、憲法のいわば斜め上から、最高法規である憲法の半径（実体法規範としての憲法の内容の範囲）からはみ出ている下位法はないかを、タテに見下ろしながら監視する視座をとる特殊な機関権限が必要となる。憲法裁判所による抽象的審査である。

いうまでもなく、「憲法の最高法規性」の保持に焦点を合わせた司法審査制を忠実に制度化したものとして、ドイツの憲法裁判制度がある。しかしながら、この制度に対しては、「憲法の優位」と「憲法裁判所の優位」を混同し、民主的政治過程に憲法裁判所が不当に介入している、という厳しい批判も彼の国で近時有力に主張されている⁽⁹⁾。要するに、憲法の最高法規性や法段階構造という法秩序における理念は、それを上から保守する憲法裁判所という番人を随伴することで実現しうるように見えるが、実際はそう単純ではない。むしろ、そうした特殊な機関が設けられると、単に「憲法の優位」が実現されるにとどまらず、「憲法裁判所の優位」というにわかに正当化しえない余計なものが随伴してしまうのである。

実はこのような批判は、憲法裁判制度であると付随審査制であるとを問わ

(9) O・レプシウス「基準定立権力」M・イエシュテット他（鈴木秀美他監訳）『越境する司法』（風行社、2014年）は、「連邦憲法裁判所は、政治的機能の前提条件を犠牲にすることによって、司法審査の合理性を実現しえている」（175頁）、「憲法への拘束というものは、実際には連邦憲法裁判所にとり自らの基準への拘束に他なら（ない）」（203頁）、などの問題意識に立ち、連邦憲法裁判所が憲法規範から「基準」をドグマティックに引き出し、事案の特徴に縛られずにその「基準」の当てはめで結論を自由に得ていることを厳しく批判する。

ず、およそ法段階説的な司法審査観・憲法観と司法審査制度のコンビネーションに対しては常に成立する。「憲法の優位」という、立憲主義を地でいくその揺るぎない外観にもかかわらず、「最高法規」である憲法もしょせんは解釈された法であり、最終的解釈権者の最高裁のその時点での憲法解釈が憲法そのものと同視される（さきにタテの司法審査観・憲法観は憲法解釈に先行して客観的に憲法の規範内容が存在する、という前提をとるであろうと述べたが（2(1)、3(1))、実際にはその前提を貫くことは困難である）。

このように、憲法によって作られた機関である最高裁が、憲法によって与えられた権限である司法審査権を行使することによって、憲法の規範内容そのものを独占的に決定してしまうという事態は、授權関係を前提とすればその背理さは際立っている。憲法が最高裁を作ったはずが、最高裁が憲法の意味を規定してしまうという「下克上」が生じるからである。

(3) タテの法段階説的な司法審査観・憲法観の稠密化

タテの法段階説的な司法審査観・憲法観をとるのであれば、憲法裁判所ないし最高裁の憲法解釈権および司法審査権を取り込んだ、より正確なタテの授權構造の概念図が必要になる。憲法—法律—政令といった、実定法規範の単純な段階構造のモデルは、（憲）法解釈権限の所在というダイナミックな問題を覆い隠している。

まず、司法審査権と憲法解釈権とは、似て非なるものである。憲法解釈権は司法審査権とは切り離しが可能であり、およそ憲法が法規範であり司法権が法解釈機関である以上、憲法上に裁判所を規定し司法権を付与した時点で、最高裁には終局的な有権の憲法解釈権が帰属する。最高裁の憲法解釈権の条文上の出所としては、76条1項の「すべて司法権は、…裁判所に属する。」という組織権限の規定それ自体が、最高裁に終局的憲法解釈権を授權している。もちろん、この規定によって授權された司法権の具体的な中身それ自体も最高裁の解釈に委ねられているから、76条1項と最高裁の憲法解釈

権とは、法段階のうえで同位というべきである。

これに対して、76条1項を除く憲法規範はすべて、最高裁の憲法解釈権にその内容が委ねられているから、憲法典のなかで76条1項とその他で階層に差が生じることになる。⁽¹⁰⁾

司法審査権もこの階層化の例外ではなく、同権限は憲法解釈権とは区別され、憲法81条（として最高裁に解釈された規範内容）によって授権された権限に他ならない。およそ授権によって成立した権限（この場合は司法審査権）は、憲法に含まれる授権規範（81条がそれに相当する）よりは、法段階の上でのランクは下降する。最高裁の司法審査権は、その対象となる法令を制定する立法権よりは上位の権限に置かれなければならないが（すなわち法令の妥当性は最高裁による終局的な違憲判決の不存在一個別的効力説も事実上の拘束力は認める—を黙示の授権とみなすことで成立する）、憲法81条という授権規範よりは下位の権限ということになる。また、76条1項でも81条でもない憲法規範は、81条の司法審査権行使の実体要件を形成する。その意味で、憲法規範の大半は、81条と同じく司法審査権の授権規範と見なしうる。

このように、タテの授権構造に憲法—法律—政令（さらに—具体的法定立としての適用行為＝行政処分・判決）という実体法規範を配置するのでなく、文字どおり授権の連鎖をそれぞれの実定規範から抽出すれば、憲法と法律の中間に最高裁の司法審査権が、また法律と政令の中間に最高裁の委任立法の適法性審査権（委任の趣旨に合致した政令か否か）が入り込むことになる。

憲法と法律の関係について言えば、法律は最高裁の司法審査権をクリアした（あるいは未だ違憲判決を下されていない）ことで有効たり得ているので

(10) この点は、憲法改正について、改正条項とその他の憲法規範（改正限界を認めるのであれば改正不能な条項を除く必要があるが）との間で階層差があること（この点を指摘する清宮四郎「憲法改正作用」同『国家作用の理論』（有斐閣、1968年）161頁以下。なお参照、前掲注（2）拙稿47頁以下）に類似した現象とも言いうる。

あるから、法律は憲法から直接に授権されて有効なのではない。憲法が最高裁に司法審査権を授権し、その司法審査権が当該法律を違憲と見なしていない（すなわち黙示的に有効なものとして法律の妥当力を授権している）ことで、法律も有効たり得ている。タテの授権構造は憲法—法律ではなく、憲法—最高裁の司法審査権—法律というべきである。

以上をまとめると、

憲法76条1項＝最高裁の憲法解釈権＞他の憲法規範（81条を含む）＞最高裁の司法審査権＞国会の立法権＞最高裁の法律解釈権＞法律＞最高裁の委任立法適法性審査権＞政令制定権＞最高裁の政令解釈権＞政令…という、通常説かれる憲法—法律—政令…という法段階よりも、はるかに重層的で錯綜した法段階構造が存在することになるのである。⁽¹¹⁾

つまり、授権の連鎖としての法段階説に立てば、憲法—法律—政令…といった具合に実体法規範がタテに整然と並ぶきれいな法段階にはならない。憲法の規範内容自体が、最高裁による憲法解釈によって決まる。そのかぎりで、法段階の頂点には、最高裁の憲法解釈権がそびえ立つ。また、この最高裁の憲法解釈権の行使によって、憲法81条が解釈される。憲法は国会に立法権を授権しながら、同時に最高裁に法律の司法審査権という立法権よりも上

(11) Vgl. *Peter Koller, Zur Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in: Hrsg. von *Stanley L. Paulson und Michael Stolleis, Hans Kelsen—Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen 2005, S.120. 近時のドイツにおけるケルゼン研究の興隆を示す論文集中に収録された「法段階構造の理論に寄せて」と題されたこの論稿には、左側のタテ列に憲法制定者—立法者—政府—行政庁といった法規範の制定権限者の階層が、右側のタテ列に憲法規範—法律規範—政令—行政行為（法律規範から直接に別の一で終局判決が結びつけられてもいる）といった実体法規範の法段階が、それぞれ稠密に書かれ、左右の中間に憲法裁判所ないし憲法判例がそれぞれ憲法制定者および憲法規範に近いところに位置するものとして描かれ、規範相互、アクター相互ばかりでなく、規範とアクターの間にも多数の斜線が引かれており、相互関係の錯綜が見て取れる図になっている。

位の権限を授権している。国会の立法権は、この司法審査権の留保付き、つまり違憲判決を下されていないという条件付きでのみ有効に憲法によって授権されているにすぎない。

このように、タテの実体法規範の段階の間に、中二階の踊り場のように最高裁の法令解釈権および司法審査権が入り込み、ビルの非常口の外階段のように複雑な外観を、実際の「法段階」は呈することになる。

4 ヨコの司法審査観・憲法観の可能性

(1) ヨコの平面上での「憲法の優位」

以上に、法段階説的な司法審査観・憲法観が見かけほど単純明快なものではないことを見た。以下では、司法審査にとっては、実は法段階説的な前提条件は当然に必要な点を確認しておこう。タテの授権の連鎖の法段階という荘厳なピラミッドを想定しなくても、「憲法の優位」という基本原則を法段階説と切り離し、規範衝突の場合に憲法がその他の法令に優位する、というアドホックなルールとしての「憲法の優位」を設定するだけで、司法審査は成立する。

タテの法段階構造における「授権」の中身はといえば、「この憲法は、唯一の立法機関としての国会に対して、立法権を独占的に付与する。」(41条参照)とか、「この憲法は、国会に対して、財産権の内容規制立法を公共の福祉に適合するように制定する権限を付与するが、財産権を侵害する権限を付与するものではない。」(29条参照)といったものであろう。ところが憲法の条文は、日本国憲法にかぎった話ではないが、およそこうした「授権規範」をそのまま記述することをしていない。

むしろ憲法は、直接には国会の組織・権限を定める実体規範として、41条「国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である。」と規定し、国会の作用を定める実体規範として、29条1項「財産権は、これを侵しては

ならない。」、同2項「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」のように規定する。これらは、授權規範（「この憲法は、立法機関として国会を創設し、国会に対してAの事項についてBの限度で立法権限を付与する。」）をそのとおりに記述する代わりに、実体規範（「国会は唯一の立法機関であり、その他の機関が制定した一般的法規範は、法律の有効な委任を受けたものを除いて無効である。」「Aの事項については、法律に留保されるが、Bの範囲を逸脱する法律は無効である。」）として記述しているのである。

さきに（3（1））、上位規範の中身の具体化を下位規範が行うという「抽象—具体の連鎖」（ケルゼンが『一般国家学』で強調した立場）と、上位規範から下位規範への「授權の連鎖」（ケルゼンが『純粹法学』で強調した立場）とは、実質的には径庭のないものであることにつき、「実体規範の抽象から具体へという重層構造がすなわち授權の連鎖である。」と述べたところである。仮にこのように言うのであれば、すぐ前に確認したように、実定憲法が授權規範を授權規範らしく記述せず代わりに実体規範として記述しているとしても、なお法段階説的なタテの司法審査観・憲法観が成り立つことは疑いない。

しかしながら他方で、実定憲法が権限の授權という体裁でなく実体的法規範の定立という体裁で書かれていることを跳躍台とすることにより、法の段階構造を前提としない別の司法審査観・憲法観も可能となる。

すなわち、そもそも授權というタテの連鎖が法秩序全体の妥当性を支えているのではなく（つまりそうした憲法を頂点とする統合された一つのピラミッドがあるのではなく）、事案ごとに問題となる法令の実体的規範内容を憲法のそれとアドホックに同一平面で突き合わせ、そこで齟齬が見つければ憲法が優位する、というゲームのルール（「憲法の優位」のルール）が存在するだけと解する余地がある。

(2) アドホックな紛争解決手段としての司法審査

憲法規範の側からでなく司法審査権の側から見れば、すぐ前に述べた仮説は一見したほど現実離れしたものではない。なぜなら、実際の司法審査のなされ方としては、タテの「授権の連鎖」をチェックするのと、ヨコの同一平面上で憲法と法令の規範内容を突き合わせるのとは、ほとんど同じ作業だからである。

すなわち、最高裁の司法審査権は、紛争の法的解決権限を憲法によって授権されるまでもなく本来的に有してきた司法権が、たまたま事案に関係する憲法上の人権規範A（「一切の表現の自由は、これを保障する。」）と法令上の規範B（「国家公務員は政党のビラを配布してはならない。」）との二つの規範の見かけ上の競合を解決するための技法と捉えることも可能なのである。このような規範競合の事態に際しては、司法権は両規範それぞれに一定の限定を加える解釈を施し、それでも競合する部分が残る場合には、最終的には「憲法の優位」という約束事の下で憲法規範Aを優先する。

その際、「憲法の優位」は法の授権の「段階構造」のような完成されたピラミッドを必ずしも前提とする必要はない。法段階説は「憲法の優位」の十分条件ではあるが、必要条件ではない。法のピラミッドがたとえ崩れていても、それでも憲法的価値を守ることは可能なのである。たとえば、同格の法律同士であっても、後法優位や特別法優先といったルールによる優劣はありうる。「憲法の優位」も、憲法は授権規範だから法律に優位する、という形式論理的な理由以外の説明も、以下の理由によって可能である。

(3) 法段階説に依拠しない「憲法の優位」

すなわち、個別的事項を定めた通常法律と形式上は同レベルの法規範であるものの、当該法律が前提としているような基本的価値や基本的準則を定めた基本法を、まず想定してみよう。当該法律のある規定が当該基本法の内容に反する場合には、基本法を優先させ、そのかぎりでは当該法律を事実上無

意味化する（当該事案に対する妥当力を認めない）という解決は、法体系の統一性を維持するために必要な作業であるから、法解釈権を有する裁判所に許された権限である。なお、ここで言う「法体系の統一性」とは、法の段階構造と同義ではなく、たとえば民法と商法の無矛盾性を維持するために民法上の基本原則に則して商法を解釈したり、あるいは逆に商法を特別法であるとしてあくまで例外的に妥当させることによって達成される「統一性」をも含む、広い概念として用いている。

民法の商法に対する「法体系の統一性」に発する原則的優位性は、もちろん逆に商法の特別法としての優先を当然には排除できないし、実際には民法の基本原則が商法の規定の解釈運用に若干の影響を与えるくらいであろう。しかしながら憲法の場合には、硬性憲法であるという改正の困難さゆえに、憲法と一般の法律が内容的に競合した場合に、手続上相対的に改正困難な憲法の方を司法権としても優先し、法律に対して憲法適合的解釈を（法律の文理上は困難な場合であっても）施しながら法改正を立法者に促すことが、「法体系の統一性」を維持するためにも理にかなっている。このように考えれば、法の段階構造論抜きで「憲法の優位」を語ることも不可能ではない。表現の自由と公務員の表現規制立法との関係でも、前者が上位法として当然に後者を排除するのではなく、実際に司法審査で行われるのは、前者の（法段階で上位に立つというよりも同一平面上における）原理的な重み付けで後者の合理性を精査するといったものなのである。

もちろん、「憲法の優位」を事例ごとに対抗利益との衡量に際してアドホックに持ち出す、という司法審査観は、ヨコの司法審査観・憲法観のなかでも極端なそれである。こうしたゲーム化した司法審査観・憲法観を丸ごと正当化するまでもなく、すでにわれわれはプロセス理論の工夫を知っている。すなわち、司法審査権がどこまで立法過程に踏み込みうるかにつき、立法の規制対象とされた人権が何であるか—民主的政治過程にとり基本的な価値に相当する表現の自由や選挙権の平等、少数者保護の場合かそれ以外か—によ

り、「憲法の優位」というカードを切ることが出来る場面か否かを分別するのが、プロセス理論のユニークさであった。

要するにプロセス理論とは、ヨコの平面上でのさまざまな対抗利益との衡量のゲームにおいて、「憲法の優位」というカードを切ることが出来る手番を整理したものであると言いうるのである。

5 「法を語る口」としての司法権—「第三の道」

(1) 判例実務における司法審査観・憲法観

わが国の判例実務は、外見上はタテの司法審査観・憲法観を採るようでありながら、権利救済・紛争解決機関としての司法権に司法審査権を忠実に組み込んだ付随審査制を展開してきた。その際、あくまで事案の解決にのみ関心を有する判例実務は、事案への法令の「適用」の平面に腰を据え、その平面上で、合憲的法令が合憲的に適用された場合に実現される適用範囲と、現実の法令の現になされた適用範囲との、面的な異同のチェックにのみ関心を有しているように思われる⁽¹²⁾。いわば、タテの授權構造そのものを点検するのでなく、憲法と法令という上下の法規範がそれぞれ適用の平面に映し出す「影」(すなわち規範の適用範囲)の大小を、ヨコに比較しているにすぎないのである。

このように言いうるとすれば、プロセス理論はヨコの権力分立モデルに忠実であり、判例実務は建前の上ではタテの法段階説に忠実なのであろうが、実際にはいずれもヨコ平面での司法審査権と立法権との「陣取り」をしている点で、現象面として相当に近接することになる。ただし、前者が「司法審

(12) 筆者はかねてより、このように個別事案の救済に傾注し、必ずしも「憲法保障」機能を意識しない(しかし実際には個別救済を通じてこそ憲法保障も実現される)点にわが国の判例実務の特徴を見出し、肯定的評価を与えてきた。参照、拙著『憲法学の可能性』(信山社、2012年)15頁以下、169頁以下。

査と民主制」という観点から、権力分立の力学のなかで司法審査の動的な正当性を探し当てようとするのに対して、後者は「救済の妥当性」という観点から、憲法と法令のそれぞれの適用範囲の静態的な比較を行おうとする。実際には同じヨコ平面で司法審査を行っているといっても、権力分立のヨコ平面と事案への適用のヨコ平面という具合に両者の登場シーンは異なっており、やはりプロセス理論と付随審査制の判例実務とではタテヨコの差異に近いズレがあることは否定しがたい。

判例実務においては、学説よりも敏感に「司法権と立法権との関係」ないし「立法権との距離感」が意識されてきた。そして、このいわば経験則的にたどり着いた「プロセス理論」的な実務感覚は、古くは安保条約をめぐるいわゆる砂川判決（最高裁昭和34年12月16日大法廷判決・刑集13巻13号3225頁⁽¹³⁾）、近時では「司法権と立法権との関係」を前面に押し出した衆議院議員定数訴訟最高裁平成25年11月20日大法廷判決（民集67巻8号1503頁⁽¹⁴⁾）、参議

(13) 参照、拙稿「砂川判決における『司法審査と民主制』」岡田信弘他編『憲法の基底と憲法論—思想・制度・運用—高見勝利先生古稀記念』（信山社、2015年）943頁以下。

(14) 参照、拙稿「選挙無効訴訟と国会の裁量：衆議院の選挙区割りをめぐる最高裁平成25年11月20日大法廷判決を素材として」レファレンス64巻11号5頁以下。同判決は、衆議院議員の定数訴訟における従来の判断枠組を踏襲しながらも、違憲状態—合理的期間—違憲—事情判決の法理、という段階的な判断過程は、「憲法の予定している司法権と立法権との関係に由来するものと考えられる。すなわち、(a) 裁判所において選挙制度について投票価値の平等の観点から憲法上問題があると判断したとしても、自らこれに代わる具体的な制度を定め得るものではなく、(b) その是正は国会の立法によって行われることになるものであり、(c) 是正の方法についても国会は幅広い裁量権を有しており、上記の判断枠組みのいずれの段階においても、国会において自ら制度の見直しを行うことが想定されているものと解される。換言すれば、裁判所が選挙制度の憲法適合性について上記の判断枠組みの各段階において一定の判断を示すことにより、国会がこれを踏まえて所要の適切な是正の措置を講ずることが、憲法の趣旨に沿うものというべきである。」と述べた（なお (a) (b) (c) の記号は筆者が付した。）同判決は、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年）が展開する裁判所と議会との「対話的」

院議員定数訴訟最高裁平成26年11月26日大法廷判決（民集68巻9号1363頁）⁽¹⁵⁾の定数訴訟判決などで、学説からすれば過剰な敬讓を立法者に行うかのような判示となって現れている。

（2）立法裁量に「首尾一貫性」を要求する近時の違憲判決

ところが、立法権との「間合い」についての鋭敏な実務感覚は、かえって結果として違憲判決を生みだす武器として活用されることもある。⁽¹⁶⁾それは、在外邦人選挙権判決（最高裁平成17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087頁）、国籍法判決（最高裁平成20年6月4日大法廷判決・民集62巻6号1367頁）、非嫡出子相続分違憲決定（最高裁平成25年9月4日大法廷決定・民集67巻6号1320頁）、再婚禁止期間違憲判決（最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427頁）のような違憲判決が、立法者の立法政策上の首尾一貫性の欠如の表面化（立法当初は一貫していないことを許す事情が存在したが、その後の事情や環境の変化でもはや首尾一貫性の欠如が許されなくなったこと）を突いて下されていることのうちに見出される。

すなわち在外邦人選挙権判決では、「初めて在外選挙制度を設けるに当たり、まず問題の比較的少ない比例代表選出議員の選挙についてだけ在外国民の投票を認めることとしたことが、全く理由のないものであったとまでいうことはできない。しかしながら、本件改正後に在外選挙が繰り返し実施されてきていること、通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げていることな

観点からの司法審査論に沿うものと思われる（参照、山元一「議員定数不均衡と選挙の平等」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ 第6版』有斐閣、2013年）328頁）。

（15） 参照、拙稿「参議院議員定数配分をめぐる近時の最高裁判例：最高裁平成26年11月26日大法廷判決を中心として」レファレンス65巻7号1頁以下。参議院議員についての同判決は、衆議院議員についての平成25年判決（前出）と同様に「司法権と立法権との関係」を踏まえて従来の判断枠組を再定位する。

（16） 参照、拙稿前掲注（2）65頁注13。

どによれば、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなったものというべきである。…遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めないことについて、やむを得ない事由があるということとはできず、…憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するものといわざるを得ない。」として、比例代表選挙を平成10年公選法改正時に導入しながら、同法附則第8項で当分の間比例代表選挙に限るとしてその後の通信手段の変化等にもかかわらず（小）選挙区選出議員の選挙権の付与を怠ってきたことの、立法政策としての首尾一貫性の欠如が違憲判断の根拠とされた。

国籍法判決においても、日本国民たる父の非嫡出子につき、父母の婚姻による準正子とそうでない子の国籍当然取得の有無の差異につき、「本件区別については、これを生じさせた立法目的自体に合理的な根拠は認められるものの、立法目的との間における合理的関連性は、我が国の内外における社会的環境の変化等によって失われており、今日において、国籍法3条1項の規定は、日本国籍の取得につき合理性を欠いた過剰な要件を課するものとなっている」とされ、社会環境の変化によって当初の立法政策が過剰な要件へと転化したのにそれに立法が対応してこなかったことが咎められた。

非嫡出子相続分違憲決定は、「…法律婚という制度自体は我が国に定着しているとしても、上記のような認識の変化に伴い、上記制度の下で父母が婚姻関係になかったという、子にとっては自ら選択ないし修正する余地のない事柄を理由としてその子に不利益を及ぼすことは許されず、子を個人として尊重し、その権利を保障すべきであるという考えが確立されてきているものということができる。」として、遅くとも同事案の相続発生時点においては民法900条4号ただし書の非嫡出子の相続分を二分の一とする部分は違憲であるとした。法律婚主義という制度設計の下にあっても、非嫡出子の相続分

規定の妥当性は時代ごとの国民感情等によって変動するという認識に立ち、同規定を合憲とした最高裁判平成7年7月5日大法廷決定（民集49巻7号1789頁）以降に個人の尊厳に対する国民意識が変化してきていることを立法者が見逃した点を咎めたものと言いうる。

さらに再婚禁止期間違憲判決は、「医療や科学技術が発達した今日においては、…再婚禁止期間を厳密に父性の推定が重複することを回避するための期間に限定せず、一定の期間の幅を設けることを正当化することは困難になった」ことから、「100日超過部分は合理性を欠いた過剰な制約を課すものとなっている」と述べているが、これは100日を超える期間は民法772条2項の嫡出推定の規定という制度設計から見て首尾一貫しておらず、それを正当化しうる事情もはや存在しない、としたものである。

これらは、いずれも選挙、国籍、家族（相続、法律婚）といった立法裁量の余地が本来大きい事項にかかる立法につき、立法者自身が選択した制度設計のコンセプトから見て、細目部分における当初は許された不作為ないし禁止が、その後の事情や環境の変化で許されないものに転化した（したがってこの点の改善にかかる立法裁量は羈束されているのに適切な立法がなされなかった）ことを捉えて違憲判決（決定を含む。以下同じ）を下している。立法者と対等な平面上で「司法権と立法権との関係」を測りながら、立法の側に司法の介入を排除する正当性が認められないと見るや、果敢にその距離を詰めてゆくという最高裁のスタンス（その意味では最高裁の意図がどうあれ、民主的政治過程の健全さや少数者保護の担保のために積極的に司法審査権を行使する点で、きわめてプロセス理論的なアプローチであろう）が、近時のこうした積極的な違憲判決の背景をなしているように思われる。

近時のこれらの違憲判決は、もちろん立法者との距離感を十分に計算に入れた周到な判決なのであるが、むしろ立法裁量と思われやすい事項について下されている。それらの判決は、なまじ立法者が一定の基本的な政策判断を下して制度設計をしているがゆえに、その設計思想が貫徹されていない、あ

るいは立法当初は合理性があったが時間の変化によって不合理なものに転化しているのに立法が対応していない、という立法上の瑕疵を指摘して、それを埋め合わせる（立法の「バグをフィックスする」）タイプの—したがって在外邦人選挙権判決や国籍法判決のように確認判決といった手法で端的な権利救済がなされる—違憲判決である。

こうした立法裁量の中身に切り込んでゆく判決手法は、タテの法段階説的な司法審査観からは出てきにくい。タテの司法審査観であれば、立法の過剰な部分（人権侵害の部分）を上からそぎ落とすような法令違憲無効判決が自然であるが、上に挙げた違憲判決は、立法者と同じ高さの目線で立法過程をトレースするがゆえに可能な、立法不作為をていねいに塞いでゆく手法である。

もとより技術論としては、考慮すべき事項を考慮したか、考慮すべきでない事項を考慮してはいないか、という立法裁量の「判断過程統制」として説明する余地もあるが、そもそも司法権が立法過程の過不足を当然に審査するものとは思われない。このような審査の根底には、以上のような司法審査観の「パラダイムシフト」が存在するように思われるのである。

(3) 「憲法を語る口」としての権利救済型司法審査観

このような一見きわめて積極主義的な近時の違憲判決は、「法を語る口」を自認してきたかのような従来の消極主義的な司法とは異質なのであろうか。そうではなく、まさに非政治的な権利救済機関・紛争解決機関として「（憲）法を語る」手法を発見したからこそ、近時の積極主義的な展開があった。そしてそれらの違憲判決の思考形式と、平成25年、26年の衆参の定数訴訟に対する違憲状態判決が言及した「司法権と立法権との関係」とは、大きく異なるどころか、実は同じ根幹から伸びた枝なのである。⁽¹⁷⁾

(17) 参照、拙稿前掲注（14）19頁以下。

すなわち、司法権の古典的な有り様である「法を語る口」という形容は、いかにも地味で控えめな司法の役割を連想させ、法律を違憲無効にするといった強力な権限を裁判所に付与する司法審査制とは、およそ整合し得ないかのようである。しかし、わが国の判例実務は、そもそも伝統的に「法を語る口」（憲法判断の場合には「憲法を語る口」）の役割を忠実に守ってきており、近時の積極的な違憲判決もその延長上にある。

この「（憲）法を語る口」という自己規定を実現するうえで、タテの司法審査観・憲法観よりもヨコのそれに乗るほうが、司法権にとっては実は容易なのである。最近の判例の積極的な展開の背景には、この点についての判例の覚醒があるように思われる。

そもそもタテの法段階構造は、それ自体が（憲）法解釈を与えてくれるものではなく、前述したように（３（２））、終局的（憲）法解釈機関である最高裁がむしろ「（憲）法」の中身を作り出す。「法」の段階構造という法典のピラミッドの横に、「法解釈」の段階構造という判例のピラミッドがそびえ立つ。

このような事態ないし非難可能性を回避するために、判例実務は無意識にタテの司法審査観・憲法観から離れ、ヨコのそれに接近する。ただし、プロセス理論を明示的に採用するわけではない。同論は、民主主義的政治過程の保守管理という、それはそれでいかにも政治的な役割を裁判所が引き受けるような印象を与えるし、なによりもわが国の判例実務が自己規定してきたところの「権利救済機関・紛争解決機関」という自画像とは異なるからである。そこで、わが国の判例実務は、タテよりはヨコの司法審査観・憲法観ではあるが、プロセス理論的なそれとは異なるところの、「第三の道」を模索してきた。

そもそも、裁判所が事案に関連する法律を具体的事案に適用しようとする際に、当該法律が有効であり適用可能であるのかを審査することは当然に許される。そして付随審査制においては、その作業の一環として、当該法律の

合憲性が審査される。まさに、具体的事案に向けて、当該法律がどのように適用されるかされないか、という「法を語る」プロセスに、司法審査という特殊な営みが吸収された格好になっている。

当該事案への法律の適用自体が、もとより文言どおりの一義的な包摂などではないにもかかわらず、価値判断を巧妙に隠した法解釈の技法によって、一見整然と行われる。そこには生きた裁判官の主観など混入しておらず、合理的に再構成された立法者がいわば召喚され立法者自身によって法律の規範内容が語られたのち、この立法者の耳目であり手足と化した裁判所によって、具体的事案への当てはめが三段論法的・機械的になされるという体裁がとられる。水面下では水鳥の足掻きのごとくに、事実と規範を往復しながら先例と類比でつないでゆくしんどい作業がなされているにもかかわらず、である。もちろん、説得力の向上にプラスと考えられる場合には、この判断過程がある程度判決文に再現されることもある。

こうした涼しげな顔でなされる法の適用に紛れ込み、その一環であるかのように位置付けられる付随審査は、タテ方向に上から斧を振り下ろすようなやり方はとらない。そうではなく、ヨコの同一平面上で立法者に向き合い、憲法を正しく意識した合理的な立法者⁽¹⁸⁾であれば当該事案のようなケースを

(18) 「合理的な立法者」の観念については、参照、拙稿「具体的人間像を求めて」松井茂記ほか編『自由の法理：阪本昌成先生古稀記念論文集』（成文堂、2015年）150頁以下。なお、堀越事件最高裁判平成24年12月7日第二小法廷判決（刑集66巻12号1337頁）で千葉勝美裁判官補足意見は、多数意見が国の公務員制度の基本法である国家公務員法の102条1項の「政治的行為」を「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるもの」に限定解釈したことの趣旨を、基本法の体系的整合性などに配慮した通常の限定解釈であって合憲限定解釈ではないと強調する文脈においてであるが、以下のように述べている。

「本件においては、司法部が基本法である国家公務員法の規定をいわばオーバールールとして合憲限定解釈するよりも前に、まず対象となっている本件罰則規定について、

想定してそれに適用された結果の招来を避けたであろう立法（条文ないしそこに込められた意味）を、裁判所が代わりに当該事件との関係でその全部もしくは一部を無効化し、適用力を生じさせない。こういった形で、あくまで立法権行使（もしくは不作為）の瑕疵の立法者自身による追完を装って、法令の全部もしくは一部について法令違憲判決が下される。

（4）権利救済型司法審査観による「合理的な立法者」の召喚

以下、教科書的な司法審査の手法をタテ方向でなくヨコ方向の作業としてややアレンジして書き留める。

まず、「合理的な立法者」が召喚される。合理的な立法者は、（イ）合理的

憲法の趣旨を十分に踏まえた上で立法府の真に意図しているところとは何か、規制の目的はどこにあるか、公務員制度の体系的な理念、思想はどのようなものか、憲法の趣旨に沿った国家公務員の服務の在り方をどう考えるのか等々を踏まえて、国家公務員法自体の条文の丁寧な解釈を試みるべきであり、その作業をした上で、具体的な合憲性の有無等の審査に進むべきものである（もっとも、このことは、司法部の違憲立法審査は常にあるいは本来慎重であるべきであるということの意味するものではない。国家の基本法については、いきなり法文の文理のみを前提に大上段な合憲、違憲の判断をするのではなく、法体系的な理念を踏まえ、当該条文の趣旨、意味、意図をまずよく検討して法解釈を行うべきであるということである。）。」

合憲限定解釈を「オーバールール」、「いきなり法文の文理のみを前提に大上段な合憲、違憲の判断」などと形容しておられるのは、本稿本文のタテの司法審査観に近い観点であろう。また、引用文中の、「憲法の趣旨を十分に踏まえた上で立法府の真に意図しているところとは何か、規制の目的はどこにあるか、公務員制度の体系的な理念、思想はどのようなものか、憲法の趣旨に沿った国家公務員の服務の在り方をどう考えるのか等々を踏まえて、国家公務員法自体の条文の丁寧な解釈を試みる」（下線は引用者による）とか、「法体系的な理念を踏まえ、当該条文の趣旨、意味、意図をまずよく検討して法解釈を行うべきである」とされる部分は、司法審査としての合憲限定解釈とは区別された通常の限定解釈の手法として述べられてはいるが、このような「憲法の趣旨を十分に踏まえた」上でなされる限定解釈は、本稿の用語で言えば、憲法を正しく意識した「合理的な立法者」を召喚して行われるものとされているようにも思われる。

に認識された社会的事実関係を踏まえて（立法事実の存否をめぐる「立法事実論」）、（ロ）合理的な立法目的を掲げ（立法目的の妥当性をめぐる「目的審査」）、（ハ）その実現のために合理的な手段を選択する（目的達成手段の相当性をめぐる「手段審査」）はずである。

立法者の価値判断が端的に表明される（ロ）立法目的の審査に際しては、それが憲法的価値と正面から矛盾しないかぎり、具体的立法目的の定立は政策的・創造的な立法作用の核心をなすものとして、当然に立法者の判断が尊重される。これに対して、（イ）合理的に認識された立法事実の存否、および（ハ）目的達成手段の合理的選択、という2点については、単に専門的・技術的な観点からの一応の妥当性が推定されるにとどまり、そのかぎりで裁判所による覆審的な厳格審査に服しうる。

ただし、（ハ）手段の選択は、単に立法目的実現のための合理的手段の選択という側面に留まらず、当該立法がなされる分野ないし規制対象の特性いかんによっては、財政や他の規制分野における手段とのバランスなど、副次的派生的な諸般の事情も考慮に入れて行われる場合がある。このような、いわばある立法目的達成手段の選択に伴う副作用的なコストを考慮に入れてなされるところの、それ自体も政策的価値判断という側面をも有する立法目的達成手段に対する手段審査に際しては、やはり立法者の政策的・創造的判断が認められなければならない、緩やかな審査で足りることになる。

さらに、合理的な立法者であれば、当該条文を制定するにしても、当該事案への適用を回避するように条文そのものに適用上の限定を付したか、少なくとも法律全体の趣旨から条文解釈が限定的になされるように法の趣旨目的をしっかりと書き込んだかしたであろう場合には、裁判所は合理的な立法者に代わって限定解釈を行う（あくまで憲法を意識した限定解釈であり、それが条文解釈として正当化しにくい場合には「合憲限定解釈」という形をとる）。

このように、裁判所は法の適用全体を通じて、そしてその一環である司法

審査においても、あくまで物静かで自己主張のない「(憲)法を語る口」なのであることを装う。

(5)「適用審査」としての付随審査

なお、付随審査制の下における司法審査は、以上に述べたように、当該法律の事案への適用がもたらす具体的結果を見ながら、その憲法的是非をめぐる審査として行われる。そのかぎりでは、憲法適合性が問われる法律の規範内容とは、「この規範NはA、B、C…の事案には適用されるが、X、Y、Z…の事案には適用されない。」という適用および不適用の事例の束を意味する。そして、当該事案Fに規範Nが適用されるが、合理的な立法者であればそのような結果を望まないであろうと考えられる場合には、裁判所はこの法適用が一回起的・偶発的なものであれば適用違憲判決を下すが、恒常的・必然的なものであれば法令違憲判決を下す。

しかし、裁判所が付随審査制の下であっても単なる適用違憲判決で済まらずに合憲限定解釈や法令違憲判決を下すのは、とりもなおさず事案の終局的解決を効率的効果的に実現するためであって、それ以上の理由はない。「憲法保障機能」という、学説によって「私権救済機能」と対比的に語られる裁判所の機能は、付随審査制にあっては当然ながら個別事案の解決を通じて自動的に果たされており、裁判所が自覚的に実現すべき機能ではない。

要するに、最高裁であっても付随審査制の下にある裁判所は、あくまで実際に事例が生起する平面における、当該法律の適用がもたらす結果の憲法適合性に着目して、その適用を排除する。これが個別の適用違憲判決で済まない場合には、法令の合憲限定解釈を下す。それが無理であるとか、合理的な立法者ならこうした限定解釈をそもそも受け容れず、むしろ法律の廃止を望むはずであると思われる場合にはじめて、法令違憲判決を下すのである。

(6) 権利救済型司法審査論の居場所

以上のようなヨコの司法審査の有り様は、実際の判例実務とさほど異なるものではないと見なして大過ないであろう。そうであれば、近時突如積極化したかのような最高裁は、従前から「司法権と立法権」との間のヨコの距離感という、権力分立原理を十分に意識した発想で司法審査権を行使しているのである。法段階説的司法審査観を先鋭化させ、憲法と同じ「最高法規」の高みから違憲判決の斧を振り下ろしているわけではない。むしろ、対等の権力分立の二権として司法権が立法権と対峙し、しかもその際に両者の抑制と均衡を通じて、立法権行使の具体的有り様が国民主権原理の具現化として最適化されるように、司法審査権が「合理的な立法者」を招喚したうで、立法権の過不足を補う形で行使されている。

このような「権利救済型司法審査観」の憲法裁判における貫徹こそが、わが国の判例実務が従来から追求し、最近になってそこから積極主義への扉を開いた観のある司法自身の司法審査観である。この思考形式は、プロセス理論的司法審査観との同一視は嫌うはずであるが、すでに示唆したように、両者はその帰結においては相当程度に共通する。

たしかに、プロセス理論の狙いは、あくまで国民主権原理ないし民主主義の健全さを政治過程において貫徹することであり、付随審査権を与えられた通常の司法権が目指している権利救済や紛争解決とは観点を異にするように見える。通常の司法権は、民主主義の一般的保障自体には無関心である。

しかしながら、プロセス理論は本来、表現の自由や選挙権の平等など民主的政治過程に直結する人権を司法審査で保守することに加えて、少数者の人権擁護も司法審査の役割と捉えていた。こうした人権が厳格審査により立法権から守られるべきことは、もとより実体的人権保障の「価値序列」に着目して二重の基準を説いてきた従来型の司法審査論も認めている。プロセス理論と判例実務的な司法審査論は、説明が異なるだけで、とりわけ少数者の人権擁護におけるその帰結に大きな相違があるわけではない。

むしろ、判例実務的な司法審査論は、これはこれでやはりヨコの権力分立的な「司法権と立法権」という平面上での司法審査権の行使を実際には前提としている。「プロセス理論的司法審査観」は、この平面上における「司法権と立法権」の均衡点を、もっぱら立法権の内在的な限界づけ—それは立法権が本来依拠する国民主権原理ないし民主主義自体から得られる—から出てくるものとして捉えている。これに対して、判例実務における「権利救済型司法審査観」は、立法権にとっては外在的な限界づけである—しかしながら司法権にとっては本来的な守備範囲である—個別事案ごとの権利救済・紛争解決という観点から、「司法権と立法権」の均衡点を探るのである。

このような司法の姿勢を、あえてプロセス理論における国民主権原理・民主主義への傾倒と対比すれば、むしろそれらの価値とは正対する位置にあるところの、「個人の尊厳」を維持し回復する役割を自任する司法の自画像が浮かんでくるのである。⁽¹⁹⁾

6 結びに代えて

大括りの言い方をすれば、付随審査の判例実務は本能的に「個人の尊厳」という理念を具体化した権利保障の番人である。それは、国民主権・民主主義の番人としてのプロセス理論的な司法審査観とは一見すると異質である。しかしながら、いわばトンネルをどちらの側から掘るかのよう、プロセス理論的司法審査観と判例実務の権利救済型司法審査観とは、アプローチの方向は逆であるものの、その帰結は相当に近似したものとなる。

(19) この点につき拙稿前掲注(2) 63頁以下では、「もうひとつの立憲主義」「ヨコの立憲主義」という観点から、メタ統治機構的な力としての「憲法制定権力」とメタ人権保障的な力としての「個人の尊厳」を両極に配置した水平的な(すなわち法段階構造から演繹的に正解を引き出すのでなく、権力分立の作動によってその都度の最適解を経験的に得てゆく)立憲主義を構想している。

つまり、前述した「法段階説的司法審査観」とプロセス理論的司法審査観が、いわばタテヨコの90度ずれた方向性を有していたのに対して、いまいわば第三のモデルとして取り上げた判例実務の権利救済型司法審査観は、この点ではプロセス理論的司法審査観と同じく、ヨコ平面で「司法権と立法権」の拮抗とバランスの上に成り立つ司法審査観である。

法段階説的司法審査観は、理論的には憲法の最高法規性をそのまま司法審査のあり方に反映させたものであるから、判例実務の司法審査観と合致すると思いきや、そうではない。権利救済型司法審査観は、むしろプロセス理論的司法審査観と同じく「司法権と立法権」のヨコの平面関係の上で成り立つ司法審査観であり、ただその方向性が正反対なのである。

そして、この権利救済型司法審査観は、司法権からその権力的性格を一切消去した「法を語る口」という位置づけに適合する適性を有しており、その意味で「司法権と立法権」という平面で立法権という民主的権力と対峙する司法権にとっては、もっとも無難な選択というべきである。

この、いわばヨコ方向の「司法権と立法権との関係」の間合いを正確に把握し、その距離を可能な限り詰めてゆくことで、立法権の領域を侵すことなく司法の本来の権利救済機能を果たしてゆく。この地を這うような方法論が、近時の見ようによっては小ぶりの、しかし当事者にとっては大いなる救済と云う一連の違憲判決を生んだように思われる。

近時の定数訴訟判決で示された最高裁の慎重な姿勢は、立法権の自生的な作動を引き出す誘導（「対話」!）こそがこの場合の司法の役割である、という戦略に基づいている。司法と立法との相互作用のなかで権利保障と紛争解決の最適解を発見してゆくという「第三の道」は、われわれ観察者のタテ方向の司法審査観に慣れきった目には退嬰的に映る場合もあるが、それはまさに無から有を生じさせる司法のしたたかさへの無理解の産物なのであろう。

本稿でも垣間見た、立法者の「首尾一貫性」の欠如について下されている近時の一連の違憲判決は、まさに相手の力を利用する柔道の美技であり、司

法が「法を語る口」のままで雄弁に「憲法を語る」ための新手法であるように思われるのである。